

# PRISÃO CAUTELAR E DECISIONISMO: UMA CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DO ENCARCERAMENTO PREVENTIVO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA ORDEM ECONÔMICA A PARTIR DA TEORIA DE CARL SCHMITT

Bruno Silveira Rigon<sup>1</sup>

Felipe Lazzari da Silveira<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo pretende analisar, tanto no novo texto legal quanto na doutrina, os fundamentos para decretar a prisão preventiva, principalmente os critérios para a garantia da ordem pública e da ordem econômica, e sua relação com a teoria decisionista de Carl Schmitt, que é considerado o grande jurista do regime nacional-socialista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão preventiva. Ordem pública. Ordem econômica. Decisionismo. Carl Schmitt.

## INTRODUÇÃO

Para o filósofo Ricardo Timm de Souza “Carl Schmitt é um pensador singular, essencial para a compreensão da filosofia política contemporânea independentemente de seu viés político explícito” (SOUZA, 2008, p. 9). Seu viés político é amplamente conhecido: foi jurista adepto ao nacional-socialismo. Sua adesão ao nazismo, entretanto, não é capaz, por si só, de descartar totalmente a gênese de seu pensamento. Muito pelo contrário. Carl Schmitt foi um intelectual capaz de dialogar com o filósofo judeu Walter Benjamin, que morreu devido à perseguição nazista.

O estudo da obra de Carl Schmitt, ainda que de forma breve, mostra-se imprescindível não só para a filosofia política contemporânea, mas também para a compreensão de determinadas categorias no processo penal brasileiro. Neste artigo o foco recai, em especial, sobre alguns dos critérios para a decretação da prisão preventiva dispostos no artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, quais sejam, os fundamentos para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica. Tais fundamentos serão aproximados *especificamente*

---

<sup>1</sup> Assessor no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito, especializando em Ciências Penais e Mestrando em Ciências Criminais na PUC/RS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bolsista CAPES. E-mail: [brunosrigon@hotmail.com](mailto:brunosrigon@hotmail.com).

<sup>2</sup> Advogado; Atua no Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – SAJU/UFRGS (G8); Graduado em Direito pela UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Especializado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIRITTER – Centro Universitário Ritter dos Reis; Mestrando em Ciências Criminais pela PUC/RS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Membro do IBRASPP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. E-mail: [felipe\\_lsilveira@hotmail.com](mailto:felipe_lsilveira@hotmail.com).

ao aspecto decisionista da teoria schmittiana, sobretudo a partir da noção das cláusulas gerais, e, portanto, às próprias características da prática judicial durante o regime nacional-socialista. Devemos, contudo, analisar a temática com a devida cautela para saber até que ponto essas ideias podem nos conduzir, além dos perigos de determinadas concepções do autor para a interpretação das normas jurídicas na contemporaneidade, principalmente na decretação da prisão preventiva em nossa sociedade. Para isso, mostra-se fundamental uma prévia análise da supracitada teoria para, após, aproximá-la da lei processual penal brasileira.

## 1 O DECISIONISMO E AS CLÁUSULAS GERAIS EM CARL SCHMITT

Em sua obra *Teologia Política*, encontra-se a gênese de sua teoria decisionista. Para verificar tal postura, destaca-se a famosa frase de Carl Schmitt, para quem o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção (SCHMITT, 2001, p. 23). Com isso, Schmitt sugere que “(...) o próprio exercício da decisão sobre a exceção que determina como tal quem é soberano” (SÁ, 2012, p. 26-27), e não que compete a um soberano identificado de forma clara e reconhecido como tal por algum critério de legitimidade - que possui a função de estabelecer e garantir a ordem jurídica – a decisão soberana sobre as exceções jurídicas.

O decisionismo schmittiano consistiria numa teoria jurídica que concebe a origem da soberania – e, portanto, da própria normatividade jurídica - como um simples ato de decisão, a partir de um realismo fático e político (ALMEIDA FILHO, 2014, p. 25-34), ausente de quaisquer vínculos jurídicos. Nesse sentido, essa teoria poderia ser entendida como “um exercício do poder político inteiramente arbitrário, assente exclusivamente no próprio poder e destituído de qualquer relação originária com o direito e as normas” (SÁ, 2012, p. 25). Contudo, não é somente pela abertura do estado de exceção que se caracteriza o soberano, mas também por ser o portador do *jus belli*, isto é, “a real possibilidade de determinar o inimigo no caso dado por força de decisão própria e de combatê-lo” (SCHMITT, 2008, p. 48)(ressalvando que Carl Schmitt entende a essência do político com base na diferenciação entre os amigos e os inimigos).

(...) se o poder soberano se traduz, numa determinada ordem interna, no poder de decidir sobre o estado de exceção e a suspensão da legalidade normalmente em vigor, ele reflete-se, no plano externo, na possibilidade de decidir para um Estado sobre quem é amigo e inimigo desse mesmo Estado. Tal decisão corresponde, para Schmitt, à existência da soberania no plano político propriamente dito. Existir politicamente e, nessa medida, ser soberano quer dizer decidir sobre o amigo e o

inimigo público ou político. E decidi-lo com as consequências que uma tal decisão implica: quer a possibilidade da declaração de guerra, quer o poder de expor ao perigo e sacrificar vidas humanas (SÁ, 2012, p. 33).

Deve-se lembrar a adesão de Carl Schmitt ao nazismo e que estas teorias legitimaram o regime hitlerista. O sistema jurídico no nacional-socialismo, entretanto, não substituiu o ordenamento jurídico da República de Weimar por um novo, ou seja, não buscou uma renovação legislativa, mas procurou esvaziar os conteúdos das normas jurídicas que não estavam de acordo com as proposições nazistas e impelir os juízes a preencher esse vazio jurídico com fundamento na ideologia do partido. Portanto, ao contrário do que muitos pensam, o nacional-socialismo, do ponto de vista do meio jurídico, foi um movimento antipositivista e antissistemático. No fundo, o positivismo jurídico foi substituído pelo que Mario Losano denominou de *Führerpositivismus* (LOSANO, 2010, p. 187).

Na verdade, o interesse nacional-socialista no direito e nas teorias jurídicas era tão-somente marginal, pois o consideravam um obstáculo à tomada do poder e um empecilho no exercício do poder. O direito apenas interessava como um instrumento apto a garantir o exercício incondicional do poder pelo partido. Como é sabido, a ideologia nazista buscava o ideal do homem ariano, perseguindo e buscando aniquilar, conseqüentemente, às “raças inferiores”, isto é, não arianas. As teorias racistas e eugênicas, bem como o antissemitismo nazista serviram de princípios-guia na interpretação das normas existentes e também inspiraram legislação com conteúdos raciais (LOSANO, 2010, p. 193-198). Nesse Estado totalitário o *Führer* era o fundamento do Estado. Assim, o Estado não era mais regido pelo respeito ao direito, mas sim pela vontade do *Führer*. Ou seja, o sistema jurídico se subordinava ao sistema político. Por isso fala-se em *Führerpositivismus*. Nesse cenário autoritário:

Os juízes se viram, assim, na situação de atuar com dois tipos de normas. As emanadas pelo regime nacional-socialista deveriam ser rigorosamente aplicadas, quase retornando ao tão criticado positivismo jurídico. Mas era apenas uma aparência, uma vez que também delas se devia desviar assim que a razão política o exigisse. As normas anteriores ao nazismo, ao invés, deviam ser aplicadas de modo freqüentemente contrário à sua própria letra, corrigindo-as com o recurso ao “pensamento por ordenamentos concretos”, ao “bem comum”, à “boa-fé”, ao “são sentimento popular” e à “vontade do Führer”. O direito perdia então qualquer certeza (LOSANO, 2010, p. 205).

Desse modo, pode-se perceber que o adversário jurídico-político imediato do regime era o positivismo jurídico. Para derrotá-lo, o nacional-socialismo realizou uma espécie de

retorno ao jus naturalismo, pois acima do direito positivo foi posta a ideia de que os valores ideológicos do regime nacional-socialista deveriam guiar a interpretação e a aplicação do direito. Nesse modelo, a “interpretação da lei substituída a legislação, sem que o juiz, porém, se transformasse ele mesmo em legislador” (LOSANO, 2010, p. 207).

Os princípios que guiavam os juízes na interpretação das velhas normas eram vagos e incertos: a ideologia e o programa do partido nacional-socialista, o “são sentimento popular”, as decisões do *Führer*, etc. Para a aplicação e o uso dessas cláusulas gerais os princípios do nacional-socialismo deveriam ser seguidos (LOSANO, 2010, p. 208). Destaca Losano que: “(...) a imprecisão dos conceitos teóricos permitia modificar as normas segundo as exigências políticas do momento em que elas seriam aplicadas” (LOSANO, 2010, p. 217). Esse era o papel fundamental das cláusulas gerais e aí se inserem os conceitos abstratos de segurança e ordem pública.

O filósofo italiano Giorgio Agamben realizou uma genealogia do termo segurança e identificou que ele se inscreve no paradigma do estado de exceção, desde o provérbio romano “A salvação do povo é a lei suprema” até o artigo 48 da Constituição da República de Weimar de 1919 (AGAMBEN, [s.d.]), que em seu parágrafo segundo dispunha:

Caso a segurança e a ordem públicas estejam seriamente ameaçadas ou perturbadas, o Presidente do Reich (*Reichspräsident*) pode tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento, com auxílio, se necessário, de força armada. Para esse fim, pode ele suspender, parcial ou inteiramente, os direitos fundamentais (*Grundrechte*) fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154.

E foi o que Hitler fez quando lhe foi entregue o poder. No dia 28 de fevereiro, promulgou o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos aos direitos e às liberdades individuais. Esse decreto nunca foi revogado “de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos” (AGAMBEN, 2004, p. 13), como salienta Giorgio Agamben. Por isso que a relação do regime nacional-socialista com o direito era marginal, tendo em vista que o governo se deu, em termos jurídico-políticos, perante um estado de exceção, que suspende o ordenamento jurídico e abre uma espécie de zona de anomia em que a vida biológica dos seres humanos pode ser capturada pelo poder soberano e excluída do ordenamento, mas ao mesmo tempo incluída no espaço de exceção justamente através dessa exclusão jurídica. Abandonada enquanto vida nua.

Desse modo, os conceitos de segurança e ordem pública, assim como os conceitos de “estado de perigo”, de “bom costume” e de “raça” (“igualdade de estirpe” para Schmitt), funcionavam no nazismo como cláusulas gerais que permitiam a captura da vida nua nos campos de concentração e de extermínio pelo poder soberano. O magistrado, o servidor público ou qualquer outra pessoa que devia medir-se com essas cláusulas gerais não se orientavam pela norma ou por uma situação factual, mas vinculavam-se com a comunidade de raça do povo alemão e com o próprio *Führer*. Assim, eles “movem-se em uma zona na qual as distinções entre vida e política e entre questão de fato e questão de direito não têm mais, literalmente, sentido algum” (AGAMBEN, 2010, p. 179). Nesse sentido, o arquétipo do moderno estado de exceção pode ser encontrado no instituto do direito romano denominado *iustitium*, cujo termo significa “interrupção” e “suspensão do direito”. Segundo Giorgio Agamben:

(...) à medida que se produzem num vazio jurídico, os atos cometidos durante o *iustitium* são radicalmente subtraídos a toda determinação jurídica. Do ponto de vista do direito, é possível classificar as ações humanas em atos legislativos, executivos e transgressivos. Mas, evidentemente, o magistrado ou o simples particular que agem durante o *iustitium* não executam nem transgridem nenhuma lei e, sobretudo, também não criam direitos. Todos os estudiosos estão de acordo quanto ao fato de que o *senatusconsultum ultimum* não tem nenhum conteúdo positivo: limita-se a exprimir uma opinião introduzida por uma fórmula extremamente vaga (*videant consules...*), que deixa o magistrado ou o simples cidadão inteiramente livre para agir como achar melhor e, em último caso, para não agir. Caso se quisesse, a qualquer preço, dar um nome a uma ação realizada em condições de anomia, seria possível dizer que aquele que age durante o *iustitium* não executa nem transgride, mas inexecuta o direito. Nesse sentido, suas ações são meros fatos cuja apreciação, uma vez caduco o *iustitium*, depende das circunstâncias; mas, durante o *iustitium*, não são absolutamente passíveis de decisão e a definição de sua natureza - executiva ou transgressiva e, no limite, humana, bestial ou divina - está fora do âmbito do direito (AGAMBEN, 2004, p. 78).

Por esta razão que as normas jurídicas também possuíam um vazio de conteúdo jurídico (sobretudo as que se referiam às liberdades individuais), pois elas estavam suspensas pelo estado de exceção, apenas sendo necessário o livre preenchimento dessas cláusulas gerais, para a captura da vida nua nos campos, pela ideologia hitlerista e pela palavra do *Führer*, que, como Eichmann não parava de repetir em seu julgamento, possuía força de lei (AGAMBEN, 2004, p. 61).

Desse modo, as características da prática do direito no sistema judicial inspirado no *Führerpositivismus*, que preenchia as cláusulas gerais através da ideologia nazi, podem ser aproximadas à cultura judicial de aplicação da lei processual brasileira no que tange à prisão

preventiva, embora, obviamente, o conteúdo ideológico adotado pelos magistrados brasileiros seja diverso. Mas não só. A própria legislação processual penal, quanto aos critérios de decretação da prisão preventiva, contém dispositivos característicos de um regime político passível de abertura a um estado de exceção. Isso não significa, entretanto, que a prisão preventiva seja, em si, um dispositivo autoritário ou uma característica inerente ao estado de exceção, mas sim que os fundamentos legais baseados na *garantia da ordem* – pública ou econômica – derivam historicamente do paradigma do estado de emergência e, como se tratam de cláusulas abertas e gerais, podem ser utilizados pelos juízes de forma a legitimar prisões arbitrárias sob as mais variadas ideologias. Para isso, mostra-se necessária uma breve análise introdutória das categorias dogmáticas deste instituto processual, à luz da última alteração legislativa sobre a temática.

## **2 A PRISÃO PREVENTIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO APÓS A LEI 12.403/11**

A reforma promovida em 2011, com o advento da Lei nº 12.403, alterou drasticamente o sistema das prisões cautelares. Como principais modificações, podemos destacar a perda da autonomia da prisão em flagrante e a adoção de um novo regime em relação à prisão preventiva que, após a vigência da nova lei, teve sua decretação condicionada à ocorrência de inúmeros fatores, devendo, principalmente, ser adequada a cada situação concreta. Além disso, o novo texto legal, inclusive, possibilita a interpretação no sentido de que, no atual regime das cautelares, o juiz não estará impedido de, após ouvido o representante do Ministério Público, deferir a liberdade provisória sem fiança, mediante imposição de uma ou mais medidas cautelares diversas do encarceramento, o que poderá ocorrer também nos casos que envolvam crimes hediondos (CRUZ, 2011, p. 44).

Após a reforma, tornou-se possível afirmar que a prisão preventiva é realmente a última medida cautelar à disposição dos magistrados, não apenas sob o argumento anterior - fundamentado na leitura constitucional do processo penal a partir do princípio da presunção de inocência -, mas também pelas regras estabelecidas pelo próprio Código de Processo Penal (CPP), alterado pela Lei nº 12.403/11. Conforme preceitua o novo artigo 282, a aplicação das medidas cautelares deverá sempre respeitar as necessidades de cada situação, bem como o objetivo de assegurar a investigação, a instrução processual ou a aplicação da lei penal, bem como evitar a reiteração criminosa (inciso I). Além disso, o inciso II determina que as

medidas deverão ser adequadas ao caso concreto, considerando a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do autor do delito (inciso II). Convém salientar, também, as disposições constantes no parágrafo 6º do inciso II, no sentido de que prisão preventiva somente poderá ser determinada caso haja a impossibilidade de substituição por outra medida cautelar, regra que foi coerentemente seguida pelo artigo 310, inciso II, do CPP, que determinou que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva estará autorizada somente quando se revelarem inadequadas e insuficientes as cautelares diversas da prisão descritas no rol apresentado no artigo 319 do CPP ou previstas em leis especiais, disposições legais que confirmam a prisão preventiva como a última medida cautelar a ser aplicada.

Na esteira deste entendimento, é importante registrar que a prisão preventiva continuou tendo natureza cautelar, sendo que após a reforma de 2011, conforme asseverou Antônio Magalhães Gomes Filho, mais do que nunca deverá ser aplicada somente nos casos em que houver interesse processual, ou seja, quando a medida for indispensável para assegurar o tramite e a conclusão do processo criminal. O autor destacou, ainda, que, em hipótese alguma, a constrição cautelar poderá servir como uma antecipação da pena, salientando que as disposições constantes nos artigos 42 do Código Penal e 2º da Lei de Execução Penal comprovam tal entendimento, na medida em que uma prevê a detração de pena e a outra o tratamento a ser dispensado ao preso provisório, o que demonstra claramente que a prisão cautelar e a prisão pena são institutos diversos, sendo oportuno registrar que a última somente poderá ser aplicada por meio de uma sentença condenatória (GOMES FILHO, 2011, p. 19). Segundo Nereu José Giacomolli:

Com a Lei nº 12.403/11, a prisão preventiva deixou de ser a medida cautelar pessoal por excelência, bem como a regra em termos de medidas constritivas criminais. Situa-se como já afirmado, na *ultima ratio* do sistema cautelar criminal. Além disso, sua função é eminentemente processual e não de antecipação de pena, ou seja, destina-se a tutelar o processo (fuga do suspeito ou do imputado; assegurar a presença no processo; garantir a incidência da potestade punitiva, em caso de eventual condenação; assegurar o normal desenvolvimento da atividade das partes e dos sujeitos processuais – depoimento de vítimas, testemunhas, peritos, por exemplo) (GIACOMOLLI, 2013, p. 67).

Conforme Aury Lopes Jr., dentro do novo regime das medidas cautelares, a prisão preventiva poderá ser decretada no curso da investigação preliminar, do processo penal, bem como após sentença condenatória passível de recurso, sendo possível também na fase recursal, sempre que houver a necessidade real caso haja e estiverem preenchidos os requisitos autorizadores da constrição. Em relação ao procedimento que envolve a decretação

da prisão preventiva, procedendo a análise do artigo 311 da Lei nº 11.403/11, o autor sustentou que a prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz ou tribunal competente, através de decisão fundamentada, a partir do requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Aury Lopes Jr. lembrou, ainda, que o artigo 311 também faz referência ao requerimento de prisão por parte do querelante, salientando que tal situação poderia ocorrer somente nos casos envolvendo ação penal de iniciativa privada, o que seria bastante incomum, excetuando-se os casos de ação penal privada subsidiária da pública, tendo em vista que os crimes em que a ação penal depende de iniciativa privada são considerados de menor gravidade, o que impossibilitaria a prisão preventiva por ser uma medida desproporcional (LOPES JR., 2013, p. 85).

Em crítica a reforma, o autor sustentou que a nova redação do artigo 311 não representou nenhum avanço significativo, considerando que permitiu expressamente que os magistrados decretem a prisão preventiva de ofício, situação que demonstrou o despreparo dos legisladores que parecem não compreender as regras do sistema processual acusatório constitucional e a garantia da imparcialidade do juiz. Para o autor, no caso da prisão preventiva decretada de ofício, a imparcialidade resta comprometida, uma vez que, nesse caso, estaremos diante de um “juiz-instrutor”, que assume uma posição totalmente ativa e inquisitória, afastando-se completamente da postura exigida pelo sistema acusatório (LOPES JR., 2013, p. 86-87).

Segundo a doutrina majoritária, independente das modificações ensejadas pela Lei nº 11.404/11, diversos fatores devem ser analisados antes da decretação da prisão preventiva, tendo em vista ser uma medida extremamente gravosa ao imputado. Conforme Aury Lopes Jr., a decretação da prisão preventiva deve respeitar o princípio da presunção de inocência, as categorias próprias do processo penal (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), bem como a gama de princípios norteadores das medidas cautelares. Como princípios principais, o doutrinador destaca os princípios da *Jurisdicionalidade*, que determina que a prisão preventiva somente pode ser decretada através do juiz natural competente; da *Provisionalidade*, que indica que a prisão preventiva é situacional, na medida em que tutela uma situação fática que, ao desaparecer, deve ensejar a libertação do imputado; da *Provisoriedade*, que estabelece que a prisão deve ser temporária e de curta duração; da *Excepcionalidade*, que demonstra que a prisão preventiva é a *ultima ratio* do sistema; assim como o da *Proporcionalidade*, que institui a comparação entre a gravidade da constrição com a finalidade pretendida (LOPES JR., 2011, p. 98-99).



De acordo com Nereu Giacomolli, a decretação da prisão preventiva deve respeitar alguns pressupostos que se supõe antecipadamente ao objeto analisado, que serviriam como condicionantes preliminares, consistentes na prática de crime doloso, na cominação de pena de prisão superior a 4 (quatro) anos, na ausência de cominação de multa, no afastamento da possibilidade da liberdade provisória e na comprovada insuficiência de outras medidas cautelares menos gravosas (GIACOMOLLI, 2013, p. 67-68).

### **3 FUNDAMENTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS TERMOS “ORDEM PÚBLICA” E “ORDEM ECONÔMICA”**

Após a análise dos pressupostos referidos anteriormente, faz-se necessária a averiguação das condições de exigência do decreto de prisão preventiva, ou seja, dos requisitos autorizadores da medida. Assim, para que não haja confusão, é preciso afastar de imediato os requisitos das medidas cautelares do processo civil (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), visto que, no caso das cautelares criminais, não se perquire a “fumaça do bom direito” ou o “perigo da demora do provimento final”, mas outros fatores como a materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria (*fumuscomicti delicti*), bem como do perigo que a liberdade do autor do fato representa ao processo e à aplicação da lei penal (*periculum libertatis*), este último considerado pela doutrina majoritária como sendo o próprio fundamento da prisão preventiva (GIACOMOLLI, 2013, p. 71).

O *fumuscomicti delicti* é a demonstração do cometimento de um delito. Neste caso, a prova exigida não deve dar conta apenas da existência de um fato típico e ilícito, mas deve demonstrar principalmente a alta probabilidade de que, a este fato, seja aplicada uma sanção criminal, sendo que, mesmo não se tratando de um juízo condenatório - pelos graves prejuízos causados pela constrição ao acusado -, a prova da existência do delito deve ultrapassar as meras exigências da viabilidade acusatória. Na verdade, essa prova deve se aproximar da certeza, o que demonstra que as exigências para a decretação da prisão preventiva são bem maiores dos que as necessárias para o oferecimento e recebimento de uma denúncia. No que diz respeito aos indícios de autoria ou participação, o texto legal exige apenas provas indiciárias. Porém, podemos considerar que um indício somente será idôneo para a decretação da constrição quando estiverem ausentes outros indícios que indiquem que o fato possa ter ocorrido de forma diversa e quando houver uma pluralidade de indícios contingentes, os quais permitam uma aproximação a certeza da autoria, mesmo que não possa ser proclamada

antecipadamente, já que não se trata de um veredicto condenatório (GIACOMOLLI, 2013, p. 73-74).

Para Aury Lopes Jr., o *fummuscomissi delicti* significa a fumaça da existência de um crime, o que não significa um juízo de certeza, mas uma probabilidade razoável de que certo indivíduo cometeu determinado delito. Nas palavras do autor:

O *fumus comissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto (LOPES JR., 2011, p. 66-67).

O *periculum libertatis*, considerado por muitos como o verdadeiro fundamento da prisão preventiva, assim como *fummuscomissi delicti*, também encontra previsão no artigo 312 do Código de Processo Penal, mais precisamente no ponto em que autoriza a decretação da constrição nos casos em que a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução, ou a aplicação da lei penal estejam em risco. Segundo Geraldo Prado, a doutrina brasileira reconhece o *periculum libertatis* e busca definir tal perigo como uma situação de risco no processo penal, decorrente do estado de liberdade do imputado. Para o autor, enquanto o sistema das cautelares exige que se comprove o mérito substantivo (*periculum libertatis*) para que a prisão preventiva possa ser decretada pelo juiz, demandando elementos de convencimento que racionalmente apontem para a probabilidade da pessoa que se quer prender seja realmente responsável pelo fato investigado, o *periculum libertatis* surge como a situação jurídica a ser enfrentada após a averiguação dos indícios de existência do crime e de autoria, momento em que deverão ser avaliados os riscos que a liberdade do imputado representa ao procedimento penal (PRADO, 2011, p. 117).

Em relação ao fundamento da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, é possível afirmar que se trata de uma motivação jurídica de cunho cautelar, que tem como objetivo proteger a produção da prova e os atos processuais, garantindo o trâmite regular do processo até sua conclusão. Tal fundamento deve ser utilizado apenas quando a conduta do imputado puder interferir no deslinde do procedimento, influenciando nos depoimentos de vítimas, testemunhas, peritos, etc., colocando a prova e o processo em risco. Conforme Nereu Giacomolli,

Em tais casos, há o risco do acusado vir a contaminar a produção probatória, de alterar a demonstração fática no processo. A situação fática indicativa de que o imputado interferirá na instrução criminal deverá emergir dos autos e constar como suporte da incidência da prisão por conveniência da instrução criminal (GIACOMOLLI, 2013, p. 79).

No que tange a decretação da prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal, em última análise, podemos afirmar que se trata de uma medida que busca evitar que o imputado se ausente do distrito da culpa, o que poderia tornar inócua a sentença penal, sendo imperioso registrar que, assim como no caso da prisão por conveniência da instrução criminal, o risco de fuga do imputado não poderá ser justificado em meras suposições, devendo sempre estar fundado em circunstâncias concretas, sendo imperiosa a comprovação razoável do *periculum libertatis* (LOPES JR., 2011, p. 110).

De todos os requisitos autorizadores da prisão preventiva, certamente os mais problemáticos, diante da subjetividade que torna possível a manipulação do conceito, são os requisitos da garantia da ordem pública e da garantia da ordem econômica. Conforme Aury Lopes Jr., a manutenção dos termos ordem pública e ordem econômica pode ser considerada um retrocesso em relação ao projeto o Projeto Lei nº 4208/2001, originalmente apresentado, na medida em que o Projeto tinha uma redação mais adequada e não incluía tais categorias em seu teor. Em relação ao fundamento do *periculum libertatis*, consistente no perigo decorrente do estado de liberdade do sujeito passivo, o doutrinador sustenta que o decreto de prisão preventiva deverá ser embasado em situações fáticas cuja proteção se faz evidentemente necessária, do contrário, a constrição não poderá ser decretada. Para o autor, conceitos vagos como o da ordem pública e ordem econômica são perigosos, na medida em que podem ser conceitualmente manipulados a serviço dos mais diversos interesses e fins, já que ninguém sabe ao certo o que quer dizer, o que pode ser demonstrado pelo fato de ser o fundamento mais utilizado nos decretos de prisão preventiva. Por isso, é comum a confusão envolvendo o uso da expressão ordem pública como sinônimo de clamor público, abalo social, comoção pública ou intranquilidade social, sendo oportuno registrar que, em muitas oportunidades, até mesmo menções à brutalidade do delito ou a credibilidade das instituições de segurança pública são utilizados para fundamentar a prisão preventiva, situação em que o argumento é visivelmente usado para reafirmar a crença do aparelho estatal repressor (LOPES JR., 2011, p. 69-70). Nas palavras de Fauzi Hassan Choukr:

Dentre os fundamentos existentes na redação do CPP, o mais problemático é, sem dúvida, a cláusula “ordem pública”, tema sobre o qual discorreremos pela primeira vez há quase vinte anos e cuja atualidade das considerações àquela época efetuadas nos autoriza a recordar o quanto foi afirmado, cuja proposta era procurar, dentro do exercício jurisprudencial, um conceito para a expressão “ordem pública” contida no art. 312 do Código de Processo Penal, como fundamentação do decreto de prisão preventiva ou denegação do pedido de liberdade provisória, ressaltando desde o primeiro momento que a fórmula de “garantia da ordem pública” dificilmente se coaduna com o texto constitucional em curso, sobretudo no cotejo com o princípio da presunção de inocência (CHOUKR, 2011, p. 79-80).

Geraldo Prado entende que as expressões *garantia da ordem pública* e *garantia da ordem econômica* são inconstitucionais, na medida em que podem servir a fins estranhos ao processo. De acordo com o autor, a inconstitucionalidade ocorre pelo fato de haver um evidente equívoco no emprego dessas expressões que, visivelmente, possuem conteúdo indeterminado, o que é vedado em matéria de restrição de liberdade por afrontar o princípio da estrita legalidade, na medida em que não permitem que se delimite com precisão o que é permitido ou proibido. Diante do abandono das referências formais que, no processo criminal permitem a materialização das garantias, a utilização de termos imprecisos representa um grave problema, pois permite que os magistrados, de acordo com suas ideologias, escolham livremente os argumentos disponíveis no “mercado das práticas contemporâneas” para justificar prisões que muitas vezes são desnecessárias (PRADO, 2011, p. 138-143).

Nesse ponto, é de suma importância retomar o trabalho de Lopes Jr. que, no sentido das semelhanças entre o que se constata no processo penal brasileiro atual e o que ocorria no Estado totalitário nazista referiu:

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e desprovido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão 'bem' sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes (LOPES JR., 2014, p. 866).

Merecem referência novamente as disposições do novo artigo 313, que limitou a aplicação da prisão preventiva no caso de crimes dolosos com pena inferior a 4 (quatro) anos, mas autorizou a constrição nos casos em que haja a reiteração criminosa por parte do agente, bem como nos casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, com o intuito de garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Em tese, parece que a inovação teve como principal

objetivo reduzir a superlotação do aparelho prisional brasileiro, na medida em que, após o advento da Lei nº 12.403/11, deverão permanecer segregados preventivamente somente os indivíduos que, comprovadamente, representem algum tipo de risco ao processo, caso em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem insuficientes. Pelo menos no que diz respeito à manutenção da vedação da prisão preventiva nos casos de contravenção penal e de crimes culposos, a atitude do legislador mostrou-se acertada, considerando que, nesses casos, evitou a exposição de diversos indivíduos aos horrores do sistema prisional brasileiro, evitando medidas desproporcionais, tendo em vista que a constrição da liberdade dos mesmos seria uma medida mais gravosa que a pena na hipótese de uma futura condenação (GARCIA, 2011, p. 47-48).

Até mesmo pelo fato do presente artigo ter como objeto a análise da prisão na condição de um microdispositivo jurídico-político destinado a colocação dos acusados em espaços de exceção que são nossas violentas e insalubres prisões, é importante registrar que mesmo nos casos previstos no inciso II do artigo 313, que trata da reiteração criminosa, a decretação da prisão preventiva de indivíduos que ostentem condenação, além da análise dos pressupostos e requisitos, também dependerá considerar outros fatores, como a espécie do crime em que o agente restou condenado, o tempo restante de pena e também a natureza do delito supostamente praticado (GIACOMOLLI, 2013, p. 80).

Em nossa análise voltada aos aspectos jurídicos da prisão preventiva, não poderíamos deixar de mencionar também o artigo 315, que determina que as decisões que decretarem, substituírem ou denegarem a prisão preventiva sejam sempre motivadas, demonstrando profunda filiação ao disposto nos artigos 5º, inciso LXI, e 93º, inciso IX, ambos da Constituição Federal de 1988, que determinam que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Para Nereu Giacomolli, a carência de fundamentação do decreto de prisão preventiva ou definitiva, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, torna a constrição defeituosa, sendo que a principal consequência é a decretação de nulidade da decisão e deferimento da liberdade ao imputado (GIACOMOLLI, 2013, p. 15).

Mostra-se, ainda, crucial registrar que nos regimes mais voltados para a defesa social em detrimento das liberdades públicas, minimiza-se a proteção do indivíduo em nome de uma maior eficiência do sistema punitivo, o que tem como efeito a expansão da utilização da prisão preventiva e de outras medidas de restrição da liberdade, o que pode ser considerado um modelo perigoso, na medida em que remonta a concepção de política criminal típica dos

regimes autoritários da primeira metade do século XX. Em contrapartida, nos sistemas democráticos, pelo menos em tese, os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos devem prevalecer sobre os demais interesses, o que justifica a vigência do princípio do *favor libertatis* (CRUZ, 2011, p. 57-58). Porém, no caso do Brasil, mesmo em um contexto democrático, o que se vê na prática são medidas apoiadas no falso discurso de que uma intervenção mais severa do Estado produz um maior controle da criminalidade, o que pode ser constatado pela grande quantidade de presos provisórios no país, o que ocorre devido a banalização da prisão preventiva.

Assim, concluímos no sentido de que o fenômeno da banalização da prisão preventiva verificada na realidade brasileira ocorre, principalmente, pelo fato de que os aplicadores da legislação foram formados sob o manto da ideologia inquisitorial da década de 1940, de inspiração fascista, que visualizava o criminoso como um inimigo, uma cultura jurídica que ainda persiste e faz com que muitos magistrados entendam que a prisão é a melhor solução para o problema da criminalidade, o que, segundo o autor, é uma ideia completamente equivocada, na medida em que a lei penal não é o instrumento adequado para erradicar os conflitos de nossa sociedade (GIACOMOLLI, 2013, p. 67).

## CONCLUSÃO

Como se pôde notar no decorrer do presente artigo, os termos *ordem econômica* e *ordem pública*, assim como os preceitos schmittianos vigentes no nacional-socialismo, são *cláusulas abertas e gerais*, cujo conteúdo é vazio e indeterminado. Assim, recai sobre o magistrado o poder de decidir e de atribuir conteúdo à norma com base em suas ideologias, crenças e valores, o que reflete um flerte autoritário destes dispositivos legais e, conseqüentemente, seu déficit de democraticidade. Aliás, não é a toa que o termo ordem pública se insere dentro do paradigma do estado de exceção, pois, como vimos, encontrava-se positivado no artigo 48, parágrafo segundo, da Constituição da República de Weimar de 1919, e permitiu toda a política de perseguição e extermínio dos inimigos da ideologia hitlerista. Aqui a lição de James Goldschmidt mostra-se valiosa: “(...) se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución” (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 67).

Desse modo, percebe-se que o termômetro de nosso processo penal está medindo uma temperatura que aponta para um elevado grau de autoritarismo em relação aos critérios para

decretar a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública ou econômica. Um Estado que se pretenda democrático deve assegurar as garantias processuais penais, já que são os pilares sustentadores desse regime político, sobretudo os princípios da legalidade estrita e da presunção de inocência, o que parece incompatível com a semântica dos apontados termos. Contudo, considerando que estes dispositivos legais continuam em vigor, sendo aplicados, e que, embora não tenhamos “bola de cristal”, a tendência é de sua manutenção no ordenamento jurídico, talvez seja necessário sistematizar critérios dogmáticos a fim de atribuir conteúdo material ao que possa significar ordem pública e ordem econômica dentro dos limites de um processo penal democrático, reduzindo os danos e os abusos diários que são cometidos no decreto das prisões cautelares em nosso país.

#### **CAUTELAR PRISON AND DECISIONISM: A CRITIC TO JUSTIFICATION OF PREVENTIVE DETENTION FOR GUARANTEE OF PUBLIC ORDER AND ECONOMIC ORDER FROM CARL SCHMITT’S THEORY**

**ABSTRACT:** The present article intend to analyze, in the new legal text as much as in doctrine, the justification to determine preventive detention, mainly the standards for guarantee of public order and economic order, and your relation with the decisionist theory of Carl Schmitt, that is considered the great jurist of national-socialism regime.

**KEYWORDS:** Preventive detention. Public order. Economic order. Decisionism. Carl Schmitt.

#### **REFERÊNCIAS**

AGAMBEN, Giorgio. **Como a Obsessão por Segurança Muda a Democracia**. [S.d.]. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1568>. Acesso em: 16 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. **Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

\_\_\_\_\_. **Estado de Exceção**. Homo Sacer II, 1. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **10 Lições sobre Carl Schmitt**. Petrópolis: Vozes, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual: Comentários à Lei 12.403/2011**. São Paulo: Forense, 2011.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Débora Faria. **Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares:** Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal.** Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais – Comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Coord.). **Medidas Cautelares no Processo Penal:** Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares:** Lei 12.403/11. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 5.ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito.** Volume 2: O Século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. **Medidas Cautelares no Processo Penal:** Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÁ, Alexandre Franco de. Decisionismo e Ficção no Pensamento de Carl Schmitt. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, p. 21-46, jul./dez. 2012.

\_\_\_\_\_. **Metamorfoses do Poder:** Prolegômenos schmittianos a toda a sociedade futura. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. Teología Política I: Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía. In: AGUILAR, Héctor Orestes (org.). **Carl Schmitt:** Teólogo de la Política. México: FCE, 2001.

SOUZA, Ricardo Timm de. A Filosofia Mudou Depois de Auschwitz. Entrevista concedida a Márcia Junges. **IHU Online:** Revista do Instituto HumanitasUnisinos, São Leopoldo, edição 265, p. 8-1021, jul. 2008.